

N. 01542/2014 REG.PROV.COLL.  
N. 00963/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 963 del 2014, proposto da:  
Carefusion Italy 311 S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Stefanelli, Francesco Bertini,  
con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Firenze, via Lorenzo il  
Magnifico n. 83;

***contro***

ESTAV - Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area-Vasta -  
Centro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e  
difesa dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il  
medesimo, in Firenze, via dei Rondinelli 2;

***nei confronti di***

Icu Medical S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avv. Mario Zoppellari, Gabriele  
Spremolla, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Firenze, via

del Romito n. 3;

Becton Dickinson Italia S.p.A.;

*per l'annullamento*

- del provvedimento dirigenziale di aggiudicazione n. 242 del 28/4/2014 nonché della comunicazione prot. n.9477 del 30/4/2014 con cui la società Carefusion Italy 311 s.r.l. e' stata edotta dell'esito della procedura aperta per la fornitura di dispositivi medici per drenaggio occorrenti alle Aziende Sanitarie e Ospedaliero-Universitarie dell'Area Vasta per un periodo di 36 mesi (1/6/2014 – 31/5/2017),

- del Chiarimento n. 24, successivamente conosciuto da Carefusion Italy 311 , con cui la stazione appaltante ha inteso modificare il Capitolato speciale (eliminando uno specifico requisito d'ammissione),

- di tutti i Verbali di gara se ed in quanto rilevanti,

- del silenzio sulla preinformativa al ricorso

- oltre ad ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e/o conseguente, anche non cognito, se e per quanto occorre possa.

nonché per l'annullamento, previa declaratoria d'inefficacia dei contratti e/o convenzioni di fornitura (non cogniti) eventualmente sottoscritti dalle Aziende Sanitarie e/o Ospedaliero-Universitarie aderenti all'Area Vasta ESTAV CENTRO con la società BECTON DICKINSON s.p.a. relativamente al lotto n. 36 e con la società ICU MEDIVAL s.r.l. relativamente ai lotti n. 34 e 35, per illegittimità derivata dall'illegittimità propria di tutti gli atti sopra impugnati;

nonché per la condanna al risarcimento del danno subito da Carefusion Italy 311 s.r.l. in merito alla mancata aggiudicazione dei lotti n. 34, 35 e 36 in quanto unica concorrente in gara i cui prodotti risultino singolarmente dotati di codici a barra, da ristorare in forma specifica nonché, in subordine, per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ESTAV - Centro e di ICU Medical S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2014 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con bando datato 5 novembre 2012 l'Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area-Vasta – Centro indiceva una gara per la fornitura, a carattere continuativo e articolata in più lotti, di dispositivi medici di drenaggio, per la durata di 36 mesi, da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del Codice dei contratti pubblici.

Il capitolato speciale prevedeva che *“i prodotti dovranno rispondere alle caratteristiche tecniche di cui al successivo art. 3”*; l'art. 3, a sua volta, stabiliva che *“tutte le confezioni dei prodotti in gara (dall'involucro esterno consegnato al*

*vettore fino all'ultima confezione interna realmente indivisibile) dovranno essere provviste di codici a barre univoco... tali da consentire una rapida decodifica con i comuni lettori ottici",* soggiungendo, all'ultimo comma, che *"non saranno prese in considerazione le offerte che non rispettino le indicazioni tassativamente descritte nel presente capitolato"*.

La società ricorrente partecipava alla gara, limitatamente ai lotti nn. 34, 35 e 36, con i propri prodotti tutti singolarmente dotati di codici a barre.

Prima della valutazione delle offerte la stazione appaltante pubblicava sul proprio sito Web una nota con la quale chiariva che, con riferimento all'art. 3 del capitolato speciale, *"per ogni articolo riguardato dal capitolato di gara è richiesta la presenza di codici a barre univoco, nei formati posseduti dalle ditte. Si precisa tuttavia che la mancanza di tale requisito non costituirà motivo di esclusione"*.

All'esito del procedimento, Carefusion veniva esclusa dalla gara relativamente ai lotti nn. 34 e 35, in ragione dell'inadeguatezza qualitativa dei prodotti offerti, mentre per il lotto n. 36, pur avendo la Commissione evidenziato l'ottima qualità del materiale costruttivo, non risultava aggiudicataria.

Avverso gli atti di gara proponeva ricorso la società in intestazione chiedendone l'annullamento previa sospensione e deducendo:

1. Violazione degli artt. 2 e 71 del d.lgs. n. 163/2006.
2. Eccesso di potere per contraddittorietà e irrazionalità manifesta. Sviamento.

Si costituivano in giudizio l'amministrazione intimata e la

controinteressata Icu Medical S.r.l. opponendosi all'accoglimento del gravame.

Con l'ordinanza n. 344 pubblicata il 27 giugno 2014 veniva accolta in parte la domanda di sospensione degli atti impugnati, fissando la data per la trattazione del merito.

Alla pubblica udienza del 24 settembre 2014 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

### DIRITTO

Viene impugnato, oltre agli atti presupposti e connessi precisati in epigrafe, il provvedimento dirigenziale di aggiudicazione della gara indetta da ESTAV Centro Toscana per la fornitura di dispositivi medici per drenaggio occorrenti alle Aziende Sanitarie e Ospedaliero-Universitarie dell'Area Vasta per un periodo di 36 mesi.

Preliminarmente va esaminata l'eccezione di parziale irricevibilità del ricorso avanzata dalla difesa della controinteressata secondo cui la presenza dei rappresentanti della ricorrente nella seduta in cui è stata disposta l'esclusione di questa dalle successive fasi della gara, limitatamente ai lotti 34 e 35, avrebbe comportato immediati effetti lesivi contrastabili solo con la tempestiva impugnazione del relativo verbale.

L'eccezione è infondata.

E' sufficiente in proposito rammentare il consolidato orientamento secondo cui la presenza di rappresentanti delle ditte concorrenti alle sedute di gara non integra gli estremi della piena conoscenza degli atti adottati durante le sedute medesime ai fini della decorrenza del

termine di decadenza stabilito dalla legge per l'impugnazione delle relative determinazioni assunte dall'organo di gara e dell'atto finale del sub procedimento di valutazione delle offerte dei concorrenti (Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2008 n. 1434; T.A.R. Toscana, sez. I, 22 settembre 2008, n. 2064; T.A.R. Lazio, sez. I, 8 luglio 2009, n. 6681).

Ciò in quanto, in materia di aggiudicazione di un contratto della P.A., il termine per ricorrere non decorre dall'aggiudicazione provvisoria, o da altri atti aventi natura endoprocedimentale, ma dal provvedimento di aggiudicazione definitiva, dal momento che i primi comportano soltanto effetti prodromici e conseguendone che, in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, possono essere fatti valere anche vizi propri delle fasi precedenti del procedimento (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2004 n. 2951).

Nel merito il ricorso è parzialmente meritevole di accoglimento.

Come fatto cenno in narrativa, il capitolato speciale di gara prevedeva che *“tutte le confezioni dei prodotti in gara (dall'involucro esterno consegnato al vettore fino all'ultima confezione interna realmente indivisibile) dovranno essere provviste di codici a barre univoco... tali da consentire una rapida decodifica con i comuni lettori ottici”*, precisandosi poi che *“non saranno prese in considerazione le offerte che non rispettino le indicazioni tassativamente descritte nel presente capitolato”*.

Tuttavia, dopo la pubblicazione della *lex specialis* di gara, l'Amministrazione appaltante, come lamentato con il primo motivo di ricorso, correggeva sostanzialmente il contenuto delle sue prescrizioni affermando che *“per ogni articolo riguardato dal capitolato di gara è richiesta*

*la presenza di codici a barre univoco, nei formati posseduti dalle ditte. Si precisa tuttavia che la mancanza di tale requisito non costituirà motivo di esclusione?*

E' ben noto che, a tutela dei principi di trasparenza e imparzialità e, dunque, della *par condicio* tra i concorrenti, i chiarimenti autointerpretativi della stazione appaltante non possono né modificare il bando, né integrarlo, né rappresentarne un'inammissibile interpretazione autentica.

Il bando, in quanto *lex specialis* predeterminata e pubblicata con le forme di legge, deve essere interpretato ed applicato per quello che obbiettivamente prescrive, senza che possano acquisire rilevanza preclusiva atti interpretativi postumi della stazione appaltante, la quale non potrebbe giammai disapplicare le clausole del bando né alterarne *ex post* la portata prescrittiva (Cons. Stato sez. V, 15 maggio 2013, n. 2625; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 1 luglio 2013, n. 1671).

In altre parole i chiarimenti non possono modificare il bando e risolversi nella introduzione di ulteriori requisiti di ammissione o nella modificazione di quelli richiesti dalla *lex specialis*.

Le regole contenute nella *lex specialis* di una gara vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la sola possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando, dovendosi reputare comunque preferibili, a tutela dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle

previsioni da chiarire, evitando che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (Cons. Stato sez. IV, 19 settembre 2011, n. 5282; id., 5 ottobre 2005, n. 5367; sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162).

Così non v'è dubbio che i chiarimenti della P.A. possono considerarsi ammissibili se contribuiscono, attraverso un "*operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio di una disposizione del bando, ma non già quando, proprio attraverso l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire alla disposizione un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto notoriamente a garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione...*" (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4526).

Né può ritenersi che, nella fattispecie, la clausola del capitolato speciale fatta oggetto di chiarimenti presentasse oscurità o insormontabili difficoltà interpretative, essendo del tutto chiaro, ad avviso del Collegio, il riferimento all'ultima confezione indivisibile del prodotto fornito e non agli involucri che lo contengono e potendo rinvenirsi la ratio della disposizione sia nell'evidente vantaggio della possibilità, mediante lettore ottico, di immediata individuazione del dispositivo, da parte del personale sanitario, sia nella facilità così ottenuta di gestione del magazzino.

D'altro canto, sul punto, si è avuto modo di precisare che "*nell'interpretazione delle clausole del bando per l'aggiudicazione di un contratto*

*della P. A. deve darsi, pertanto, prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell'applicazione'* (Cons. Stato sez. IV, 19 settembre 2011, n. 5282; id., sez. V, 30 agosto 2005, n. 4413).

Neppure può accedersi alla tesi fatta propria dalla controinteressata ed accennata dall'Amministrazione secondo cui a tanto la stazione appaltante sarebbe giunta dopo aver raggiunto la consapevolezza che Carefusion sarebbe l'unica concorrente (o una delle poche sul mercato) a poter garantire la fornitura di prodotti con le caratteristiche richieste.

E' infatti agevole rilevare che, per un verso, tale allegazione, traducendosi in una contestazione del bando di gara, potrebbe avere rilevanza processuale solo ove proposta nella forma di ricorso incidentale; per altro verso, non può che ribadirsi l'obbligo per l'Amministrazione di annullare in autotutela la legge di gara, riproponendola emendata dei profili ritenuti non conformi ai principi di legge.

Le argomentazioni esposte conducono, perciò, a ritenere illegittimi gli esiti della gara per quanto attiene al lotto n. 36, conseguendone l'esclusione della ditta Becton Dickinson Italia s.p.a., risultata aggiudicataria, ma sprovvista del requisito richiesto dal bando, e il correlativo obbligo per la stazione appaltante di disporre l'aggiudicazione in favore della ricorrente, seconda classificata nella gara per tale lotto.

Tanto in ragione del principio secondo cui nelle gare pubbliche, nel caso di accoglimento del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione dell'appalto dalla impresa seconda classificata e sempre che sussista la certezza che essa avrebbe avuto titolo a conseguire l'aggiudicazione e il contratto in luogo della originaria aggiudicataria, può disporsi il risarcimento in forma specifica (Cons. Stato sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725; id., sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437).

A diverse conclusioni deve, invece, pervenirsi per quanto attiene ai lotti 34 e 35 in relazione ai quali la ricorrente lamenta la contraddittorietà del giudizio di manifesta non idoneità dei prodotti offerti (e conseguente esclusione dal proseguimento della gara), atteso che per il medesimo prodotto, con riferimento al lotto 36, la valutazione della commissione è stata di pieno apprezzamento.

L'assunto va disatteso.

Come articolatamente rilevato dalla difesa dell'Amministrazione nelle sue memorie, la ricorrente cade, nelle sue censure, in un evidente equivoco fattuale. Infatti, e ve ne è riscontro negli atti di gara depositati in giudizio, i lotti 34 e 35, oltre al prodotto base (dispositivo Max Plus Clear – connettore trasparente), comprendevano voci complementari come *“i sistemi di connessione per l'accesso a cateteri venosi e arteriosi?”* in relazione ai quali il giudizio complessivo si è manifestato nei termini negativi anzidetti con una valutazione che si non palesa manifesti vizi logici in punto di fatto e altamente discrezionale nel merito.

E' del tutto pacifico, infatti, che nelle gare pubbliche il giudizio della

commissione costituisce esplicitazione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; di conseguenza il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che rappresenterebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione (cfr. tra le più recenti, Cons. Stato, sez. III, 1 luglio 2014 n. 3298; id. sez. V, 25 giugno 2014 n. 3223; T.A.R. Piemonte, sez. I 10 aprile 2014 n. 605)

Ne discende che per tali lotti la ricorrente, essendo stata estromessa dalla gara ancor prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica e non avendo neppure conseguito una valutazione minima in ordine al profilo qualitativo dell'offerta stessa, non può vantare un interesse qualificato a far valere in danno dell'aggiudicataria il difetto del requisito richiesto dal bando della presenza del codice a barre su ciascuna unità di prodotto.

In conclusione, il ricorso va accolto, nei termini sopra indicati per quanto attiene all'impugnativa del lotto 36 e respinto per il resto.

La ricorrente ha proposto anche domanda di risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione quale al danno emergente (costi di partecipazione alla gara), lucro cessante, determinato nella misura del 10% del valore dell'appalto e danno curricolare.

La domanda non è suscettibile di accoglimento.

Premesso che l'inammissibilità del ricorso per quanto attiene ai lotti 34 e 35 ne preclude in radice la possibile delibazione, per ciò che riguarda il lotto 36 si osserva che non risulta dagli atti di causa che sia intervenuta la stipulazione del contratto.

Ne discende che, anche in virtù dell'accoglimento della domanda cautelare, la ricorrente non può aver subito alcun danno dalla mancata aggiudicazione alla quale, come già disposto, dovrà provvedere in suo favore la stazione appaltante in assenza di ulteriori cause ostative.

La domanda va, perciò, rigettata.

Le spese di giudizio, in relazione alla parziale reciproca soccombenza tra le parti, possono trovare integrale compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)